



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE LORENA

FORO DE LORENA

2ª VARA CÍVEL

AV. DR. EPITÁCIO SANTIAGO, 99, Lorena - SP - CEP 12600-050

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Físico nº: **3000630-55.2013.8.26.0323**
 Classe - Assunto: **Ação Civil de Improbidade Administrativa - Violação aos Princípios Administrativos**
 Requerente: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
 Requerido: **Elcio Vieira Junior**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Alexandro Conceição dos Santos**

Vistos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** por ato de improbidade administrativa em face de **ELCIO VIEIRA JUNIOR**, aduzindo, em síntese, que, nos autos da ação civil pública nº 0007607-56.2009.8.26.0323, que tramitou perante esta Comarca, o réu foi condenado à obrigação de exonerar todos os servidores nomeados para os cargos em comissão de Assessor Parlamentar II, III e IV, além dos cargos de Assessor Jurídico da Presidência e Assessor Jurídico da Presidência Adjunto, sob o fundamento de que as relativas funções não preenchiam os requisitos constitucionais para que fossem providos por comissão. Sob o mesmo fundamento, também foi condenado à obrigação de não mais prover tais cargos por servidores comissionados, mas apenas por efetivos concursados. Alegou que, intimado da sentença transitada em julgado, o réu cumpriu a decisão, exonerando os servidores nomeados em comissão. Porém, sustentou o *parquet* que, após o cumprimento do *decisum*, o réu deliberadamente descumpriu a sentença, nomeando, novamente, por provimento em comissão, servidores para os referidos cargos, no período de outubro a dezembro de 2010. Ante tal exposição fática, concluiu que o demandado incorreu em ato de improbidade previsto no art. 11, inc. II, da Lei 8.429/92, pedindo, por conseguinte, seja ele condenado às sanções do art. 12, inc. III, do mesmo diploma legal (fls. 01-A/24-A).

A inicial veio instruída com inquérito civil (fls. 02-818).

O réu foi notificado (fls. 837-838) e apresentou defesa preliminar (fls. 843-877), sobre a qual se manifestou o autor da ação (fls. 882-883), sobrevindo decisão de recebimento da inicial (fls. 884-886).

Citado (fls. 889-890), o réu apresentou contestação (fls. 893-934), na qual alegou, em síntese, preliminares de inépcia da inicial, ilegitimidade ativa do órgão ministerial e ausência de interesse processual dada a inadequação da via eleita. No mérito, sustentou que não praticou qualquer ato de improbidade administrativa; que as contas da edilidade a qual presidia foram aprovadas pelo Tribunal de Contas Estadual; que suas ações foram pautadas na boa-fé; e que inexistiu prejuízo ao erário. Requereu, ao final, o acolhimento das preliminares, ou, subsidiariamente, a improcedência do pedido.

Sobreveio réplica à contestação (fls. 936-937).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE LORENA

FORO DE LORENA

2ª VARA CÍVEL

AV. DR. EPITÁCIO SANTIAGO, 99, Lorena - SP - CEP 12600-050

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

O feito foi saneado, afastando-se as preliminares arguidas, fixando-se os pontos controvertidos e determinando a produção de prova (fls. 938-939).

O Ministério Público juntou novos documentos (fls. 947-10.010).

Instado a juntar novos documentos (fls. 10.011), o requerido pugnou pela produção de novas provas (fls. 10.018-10.019).

É o relatório.

FUNDAMENTO e DECIDO.

O feito comportamento julgamento no estado em que se encontra, sendo desnecessária a produção de outros elementos de prova para o julgamento da causa.

Inicialmente, indefiro o requerimento de produção de provas apresentado pelo réu às fls. 10.018-10.019, eis que, além de preclusa a fase processual adequada, reputo desnecessárias as provas requeridas. Com efeito, o processo foi saneado em decisão de fls. 938-939, fixando-se os pontos controvertidos e determinando-se a produção de provas suficientes a dirimi-los, inexistindo notícia nos autos de que tenha sido manejado recurso para desafiar-la.

Ademais, o único fato para cuja prova testemunhal seria pertinente e adequada está evidenciado pelos documentos já coligidos aos autos. Assim, a produção de prova oral seria absolutamente despicienda, devendo ser indeferida pelo julgador, máxime se os elementos presentes nos autos lhe afigurarem suficientes à formação de seu convencimento, como ocorre no caso em tela, razão pela qual ficam indeferidos os pedidos para produção de provas em audiência. De mesmo modo, despicienda a requisição dos documentos indicados pelo réu à fl. 10.019, eis que não demonstrada a pertinência da prova com o mérito da demanda, razão pela qual ficam igualmente indeferidos.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente jurisprudencial:

“Agravo de Instrumento. Ação de cobrança. Indeferimento de produção de prova oral e de expedição de ofício à instituição bancária. Artigo 130 do Código de Processo Civil. Sendo o Juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Não demonstração da pertinência das provas requeridas. Desprovimento do recurso.” (Agravo de Instrumento nº 2071047-15.2014.8.26.0000, TJSP, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Osvaldo Magalhães, j. em 31/08/2015).

Dispensio, ainda, a realização de perícia contábil, outrora deferida no despacho saneador, para apuração do valor a ser ressarcido ao erário, eis que desnecessária, como se verá adiante, na fundamentação desta sentença.

Não há que se olvidar, outrossim, que a designação de audiência de instrução e/ou a realização de perícia contábil, ainda que anteriormente deferida, somente viriam acarretar o indevido postergar do julgamento, em afronta ao princípio da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República.

Sobre o tema, convém trazer à colação remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE LORENA

FORO DE LORENA

2ª VARA CÍVEL

AV. DR. EPITÁCIO SANTIAGO, 99, Lorena - SP - CEP 12600-050

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

“(…) Tendo o magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa (…).” (REsp. 57861/GO, 6ª Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU 23.03.98).

Pois bem.

As matérias preliminares arguidas pelo requerido em contestação foram apreciadas e rejeitadas às fls. 938-939. Sendo essa a situação dos autos e não havendo outras preliminares a serem apreciadas, passo diretamente à análise do mérito.

O pedido inicial é parcialmente procedente.

Cedico que, ao lado dos cargos de provimento efetivo, cuja investidura pressupõe prévia aprovação em concurso público, a Constituição Federal previu os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração (CRFB, art. 37, inc. II), os quais constituem exceção no ordenamento jurídico. Em razão disso, é pacífica a jurisprudência do C. Órgão Especial deste E. TJSP que “a criação de cargos em comissão referentes a funções para cujo desempenho não é necessária a confiança pessoal do administrador viola o disposto nos artigos 111, 115, inciso V, e 114, todos da Constituição Estadual” (ADIn 0077404-11.2015.8.26.0000, Rel. Renato Sartorelli, j. em 27/01/16).

Não por outra razão, os cargos de assessoria parlamentar II, III e IV, além dos cargos de assessoria jurídica, criados pela Resolução nº 001/2009 da Câmara Municipal de Lorena, foram declarados nulos no julgamento de outra demanda (autos nº 0007607-56.2009.8.26.0323), dada sua inconstitucionalidade material, culminando na imposição de obrigação ao ora réu, para que, na qualidade de Presidente do Legislativo local, exonerasse todos os seus ocupantes.

Como ensina José dos Santos Carvalho Filho, “É importante acentuar que os cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. Resulta daí, por conseguinte, que a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos, exemplificando-se os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art. 37, V, CF)”¹.

O Supremo Tribunal Federal, com acerto, tem repellido não somente a criação de cargos comissionados com atribuições meramente técnicas (ADIn 3.706, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 5 out. 2007), como também a criação deles em número superior ao de cargos efetivos existentes no órgão ou entidade (RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ, 29 jun/2007), orientação que valoriza a regra constitucional do concurso público.

Deste modo, não resta dúvida de que, tal como a primeira, a segunda portaria também padece de vício de inconstitucionalidade material, resultando dessa circunstância a nulidade do ato referido ato administrativo.

Diante dessas considerações, resta-nos perquirir se o requerido praticou ato

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Atlas: São Paulo, 26ª edição, 2013, pp. 613/614.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE LORENA

FORO DE LORENA

2ª VARA CÍVEL

AV. DR. EPITÁCIO SANTIAGO, 99, Lorena - SP - CEP 12600-050

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

de improbidade administrativa, ao desrespeitar a decisão judicial que determinou a exoneração de servidores no bojo da ação nº 0007607-56.2009.8.26.0323, que tramitou perante este E. Juízo.

E a resposta é positiva, sob dois aspectos.

Primeiro, porque os fatos são incontroversos nos autos. Com efeito, o requerido não impugnou especificamente em sua contestação (fls. 893-934) a alegação inicial, de que contratou servidores em comissão para os cargos impugnados na ação civil pública, mesmo após a determinação em sentido contrário, emanada pelo Juízo desta 2ª Vara de Lorena (art. 336, CPC). E, por essa razão, em se adotando a regra prevista no art. 374, inc. III, do CPC, tal fato sequer dependeria de prova, justamente porquanto incontroverso.

Por segundo, e ainda que assim não fosse, é certo que os documentos de fls. 967, 970, 981 e 995 foram subscritos pelo réu, no exercício da Presidência da Câmara, em datas posteriores à da decisão que determinou a exoneração dos servidores, e, também, vedou a contratação de outros para as mesmas funções. Tais documentos, ademais, sequer foram impugnados pelo polo passivo.

Anoto não prosperar a descabida alegação do demandado de que não tinha ciência da referida determinação judicial. Isso por duas razões.

A uma, porquanto a decisão que determinou a exoneração dos servidores e vedou a contratação de novos foi proferida em sede liminar (fls. 52-55), não desafiada pela via recursal, de modo que, independentemente da ciência do réu quanto ao julgamento do mérito da lide, decisão anterior já vedava a adoção da conduta arditosamente adotada pelo demandado.

A duas, porque, ao contrário do que alega, os documentos que instruem a inicial demonstram que o réu tinha plena e inequívoca ciência do julgamento do mérito da demanda. Com efeito, o requerido informou nos autos da ação de improbidade o cumprimento da execução provisória da sentença (fls. 482), instruindo sua petição com cópias das portarias de exoneração dos servidores (fls. 483-488), notando-se que, nas referidas portarias, em seus preâmbulos, a autoridade signatária evoca justamente, como razão de decidir, a sentença de mérito proferida nos autos da ação de improbidade, evidenciando seu conhecimento do comando judicial posteriormente descumprido por intermédio da edição de um segundo ato administrativo. De se salientar, outrossim, que a referida documentação tampouco foi impugnada pelo demandado em sua contestação.

Ora, é certo, portanto, que o réu estava ciente da determinação judicial que, além de haver determinado a exoneração dos servidores dos cargos de assessoria jurídica e parlamentar, proibiu a contratação de novos servidores para cargos semelhantes, salvo por concurso público.

Assim, verifica-se que, mesmo cômico da referida decisão, o réu livremente optou por nomear novos servidores para os mesmos cargos, mediante simples edição de outro ato administrativo.

Logo, se na primeira nomeação já era possível inferir a vontade e consciência de descumprir a regra constitucional que preconiza o concurso público como meio necessário para o provimento de cargos que, por sua natureza, são de provimento efetivo, na segunda não há o menor espaço para questionamento acerca do dolo do agente público de fazer novas contratações à revelia do que determina a Constituição.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE LORENA

FORO DE LORENA

2ª VARA CÍVEL

AV. DR. EPITÁCIO SANTIAGO, 99, Lorena - SP - CEP 12600-050

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Portanto, diante dessas considerações, exsurge como forçosa a conclusão de que resta caracterizada conduta de improbidade administrativa pelo demandado, prevista no art. 11, inc. II, da LIA, eis que praticou, de ofício, ato que lhe fora proibido de praticar, por decisão judicial, razão pela qual deve o réu ser responsabilizado.

Assevero, a propósito, que, inobstante a argumentação expendida na peça defensiva, não é necessário, na presente modalidade, perquirir ou demonstrar efetivos prejuízos ao erário para responsabilização do agente público. Como cediço, os atos de improbidade administrativa descritos nos artigos 9º a 11 da Lei 8.429/92 constituem modalidades autônomas. Em razão disso, é certo que não é necessário que das ações descritas no art. 11 da referida legislação decorram prejuízo ao erário, restando configurada a improbidade quando atentar contra qualquer dos princípios da administração pública, tal como ocorre no caso em análise.

Repriso que, na hipótese, não há que se falar em ausência dolo, porquanto este consiste na vontade livre e consciente de incorrer na conduta vedada pela lei, o que, no caso em tela, mostra-se irrecusável, pois as portarias de nomeação para os cargos comissionados foram subscritas pelo réu, e ausente demonstração de vício em sua vontade, o que, somente então, seria apto a anula-las.

No mais, irrelevante ao caso que as contas da Edilidade, sob a presidência do réu, tenham sido aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado. Isso porque o art. 21, inc. II, da LIA, dispõe que “A aplicação das sanções previstas nesta lei independe (...) da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas”. Ademais, pacífica a jurisprudência de que o “Julgamento pelo Legislativo possui natureza político-administrativa e não impede a responsabilização do agente político por atos de improbidade” (TJSP, Apelação nº 0015134-94.2011.8.26.0127, Rel. Maria Olívia Alves, j. em 21/03/2016), vez que se constituem esferas autônomas de responsabilização.

Portanto, **configurado o ato de improbidade administrativa, resta tecer breves considerações sobre as sanções que serão aplicadas.**

Inicialmente, perfilho o entendimento de que nenhuma inconstitucionalidade existe no rol de penalidades do art. 12, incisos I a III, da LIA, porquanto, ao prever que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, a Constituição Federal (art. 37, §4º) não vedou que o legislador, encarregado da disciplina da matéria, criasse outras além daquelas nela previstas.

De fato, segundo sustenta Emerson Garcia, o art. 37, §4º veicula norma constitucional de eficácia limitada e “Dizer que o ímprobo tem direito subjetivo de somente sofrer as sanções previstas de forma enunciativa em norma de natureza programática seria, no mínimo, subverter os fins do texto constitucional, afastando-o do ideal de repressão à desonestidade e de preservação do interesse público que justificaram sua edição” (Improbidade Administrativa, Ed. *Lumen Juris*, 6ª edição, páginas 502-503).

Seguindo esse entendimento, não há na lei sanção alguma que traduza transgressão ao texto constitucional, cabendo registrar, por outro viés, que, com o advento da Lei 12.120/09, não mais existe dúvida de que as sanções podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE LORENA

FORO DE LORENA

2ª VARA CÍVEL

AV. DR. EPITÁCIO SANTIAGO, 99, Lorena - SP - CEP 12600-050

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

No caso em tela, atento aos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como à gravidade da conduta, considerando que o requerido, no exercício da Chefia do Poder Legislativo municipal, desrespeitou deliberadamente determinação emanada pelo Poder Judiciário, nomeando servidores em provimento em comissão, mesmo quando proibido a tanto, reputo adequada e suficiente a imposição das sanções de perda da função pública a qual exerce atualmente; suspensão de seus direitos políticos; pagamento de multa civil; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual faça parte, todas as penas aplicadas pelos prazos máximos previstos no normativo do art. 12, III, da LIA. Com efeito, além de reprovável as ações adotadas pelo réu, fê-lo em desrespeito à harmônica tripartição dos Poderes (CRFB, art. 2º, *caput*), a revelar o requerido, ainda, ausência de boa vontade em cooperar ou cumprir determinações judiciais, razão pela qual a reprimenda, agora, deve ser exasperada ao máximo.

Deixo, contudo, de condena-lo à pena de ressarcimento ao erário. Como mencionado alhures, não restou demonstrado qualquer prejuízo efetivo causado ao patrimônio público municipal, mormente pelo fato de que os serviços para os quais foram contratados ilegalmente os servidores foram efetivamente prestados, o que, inclusive, fora objeto de ressalva pelo próprio órgão ministerial, em sua petição inicial. Ademais, e em razão disso, segundo remansosa jurisprudência, a qual se filia este magistrado, não há que se falar em prejuízo ao erário, a dar ensejo à sua reparação, o que torna o pedido inicial apenas parcialmente procedente.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido inicial, para condenar o réu **ELCIO VIEIRA JUNIOR** como incurso no artigo 11, inc. II, da Lei 8.429/92 e, por consequência, **condeno-o** às penalidades (art. 12, III, LIA) de **(I)** perda da função pública a qual exerce atualmente; **(II)** suspensão de seus direitos políticos por 05 (cinco) anos; **(III)** pagamento de multa civil, no valor de 100 (cem) vezes da última remuneração recebida pelo agente público enquanto Presidente da Câmara Municipal de Lorena; **(IV)** proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual faça parte pelo prazo de 03 (três) anos.

Por consequência da sucumbência, condeno o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, ressalvados os honorários de sucumbência, eis que inaplicáveis à hipótese.

Assim, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil.

Com o trânsito em julgado, procedam-se as comunicações pertinentes, inclusive ao E. Tribunal Regional Eleitoral.

Por fim, certifique a z. Serventia a numeração errônea das folhas dos autos, a partir da fl. 1.001.

P.R.I.C.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE LORENA

FORO DE LORENA

2ª VARA CÍVEL

AV. DR. EPITÁCIO SANTIAGO, 99, Lorena - SP - CEP 12600-050

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Lorena, 18 de janeiro de 2017.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**